

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La charge de la preuve

Ronneau, Virginie

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Ronneau, V 2019, La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme. Dans *Les grandes évolutions du droit des obligations*. Anthemis, Limal, p. 221-257.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme¹

Virginie RONNEAU

Assistante et doctorante à l'UNamur

Introduction

1. Présentation : « Qui doit prouver quoi ? ». Sous cette question d'une apparente simplicité se cachent quelques articles de loi mais surtout de multiples débats et controverses tant doctrinales que jurisprudentielles. À la lecture de l'article 1315 du Code civil, les règles applicables semblent pourtant claires : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». En pratique, il n'est toutefois pas rare qu'un différend surgisse sur la question de la charge de la preuve.

Cette problématique, qui ressort davantage du droit judiciaire que du droit civil, et qui touche intimement à la procédure, n'intéresse pas l'ordre public. Sauf exceptions, les parties peuvent donc y déroger librement par convention². Le législateur peut également prévoir, par des dispositions légales spécifiques, des dérogations aux règles générales³. Quant à la jurisprudence, elle fait régulièrement œuvre d'interprétation et façonne, à sa manière, notre système juridique pour le marquer de son empreinte. La matière de la charge de la preuve révèle donc son lot de subtilités.

À l'analyse, le droit des obligations se révèle un terreau fertile où les discussions sur la charge de la preuve sont abondantes. De nombreux exemples et

¹ Certains passages de la contribution ont été publiés précédemment (V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in B. DUBUISSON et N. SIMAR (dir.), *Responsabilité, indemnisation et recours*, CUP, vol. 74, Liège, Anthemis, 2017, pp. 7-46). Le texte d'origine a cependant été revu et/ou enrichi de nouvelles références.

² D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », in *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, VI.1-2.4.

³ Voy. par exemple l'article 63, alinéa 2, de la loi relative aux contrats de travail, qui met à charge de l'employeur la preuve des motifs du licenciement.

cas de figure ont donc été choisis en ce domaine, compte tenu des controverses qu'ils suscitent.

La présente contribution vise à rappeler les principes applicables et à analyser l'évolution de la jurisprudence de ces dix dernières années. Une large part de cette étude est également consacrée à la réforme du droit de la preuve. Dans le cadre des travaux visant à réformer le Code civil, le projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 «La preuve» a en effet vu le jour. Ce projet, préparé par la commission ministérielle du droit de la preuve, composée du professeur Dominique Mougenot (président, UNamur), du professeur dr. Benoît Allemeersch (KU Leuven) et de Wannes Vandenbussche (KU Leuven), a été approuvé le 4 avril 2019 en séance plénière par la Chambre.

La loi a été promulguée le 13 avril 2019 et a été publiée au *Moniteur belge* le 14 mai 2019. En vertu de l'article 75, l'entrée en vigueur de la loi est prévue «le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*». En l'absence de règles spécifiques de droit transitoire, la loi nouvelle sera d'application immédiate dès son entrée en vigueur.

2. Plan et limites de la contribution. Tout d'abord, nous analyserons les règles déterminant la charge de la preuve (section 1). Ensuite, nous nous pencherons sur le degré de preuve requis (section 2). Enfin, nous examinerons l'effet des présomptions légales (section 3). Chaque section sera composée de deux sous-sections : l'une concerne l'état actuel du droit tandis que l'autre annonce les évolutions du droit de la preuve.

L'on notera que les juridictions civiles, saisies d'un fait constitutif d'une infraction à la loi pénale, devront appliquer les règles relatives à la charge de la preuve en matière pénale, conformément à l'article 876 du Code judiciaire⁴. Cette problématique spécifique ne sera donc pas étudiée ici.

Notre étude n'entend pas non plus aborder l'ensemble de la jurisprudence en matière de charge de la preuve parue ces dernières années. Par contre, il nous paraissait intéressant de pointer, dans un premier temps, les artifices adoptés par la jurisprudence afin de rééquilibrer la charge de la preuve, avant, dans un second temps, d'étudier les apports de la réforme. C'est donc cet axe de réflexion qui sera privilégié.

⁴ Notez cependant que, pour R.O. DALCQ, il est «douteux que cette disposition vise le problème de la charge de la preuve quand l'action civile est fondée sur une infraction. [...] La règle invoquée au sujet de la charge de la preuve d'un fait constitutif d'infraction est une règle purement jurisprudentielle bien antérieure au Code judiciaire» (R.O. DALCQ, «À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001», R.G.A.R., 2002, n° 13488, spéc. n° 13488² et les références citées en note de bas de page n° 4). En jurisprudence, voy. Mons (20^e ch. civ.), 13 mai 2014, *Bull. ass.*, 2016, p. 86 et s.

Section 1 Règles déterminant la charge de la preuve

Sous-section 1 État actuel du droit

§ 1. Principes

3. Ordre de la preuve. L'article 1315 du Code civil s'énonce comme suit : «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». Cette disposition légale, largement inspirée de Pothier⁵, est habituellement lue en parallèle avec l'article 870 du Code judiciaire qui énonce : «Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue». La disposition contenue dans le Code judiciaire a une portée générale qui s'étend au-delà de la preuve des obligations et qui impose à chaque partie de rapporter la preuve des «faits» qu'elle soutient⁶.

La doctrine distingue parfois la charge de la preuve subjective et la charge de la preuve objective⁷. La charge de la preuve subjective «désigne la partie à qui il incombe la charge d'établir la preuve nécessaire d'un fait ou d'un acte juridique»⁸. En cas de contestations, le juge pourrait, par l'application des articles 871 et 877 du Code judiciaire (voy. *infra* n° 4), imposer à une partie, sur laquelle ne repose pas initialement la charge de la preuve, la production de certains éléments de preuve⁹. La charge de la preuve objective s'apparente à ce que certains auteurs ont qualifié de «risque de la preuve» : les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire «indiqueraient la partie qui supporte le risque de perdre le procès en l'absence de preuves suffisantes ou connaît au

⁵ *Traité des obligations*, 2^e éd., Paris, 1861-1890, n° 729 : «Celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance lorsqu'elle est contestée; au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement», cité par J. KIRKPATRICK, «L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs», R.C.J.B., 1959, p. 53, note 35.

⁶ S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, Bruges, die Keure, 2009, p. 162; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story Publishers, 2012, p. 127.

⁷ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht», T.P.R., 2015, spéc. pp. 682-683; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 353-354; W. VANDENBUSSCHE, «De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure», in R. SUTTEN et B. VANLERBERGHE (dir.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Bruges, la Charte, 2015, spéc. pp. 34-35, n° 6.

⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht», op. cit., spéc. pp. 682-683 (traduction libre).

⁹ A. KHOL, «L'action civile en dommages-intérêts résultant d'une infraction. Charge de la preuve de la cause de justification et autorité de la chose jugée de la décision répressive antérieure», note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1972, R.C.J.B., p. 370 et s., spéc. p. 376.

moins un certain affaiblissement de sa position juridique»¹⁰. Les prérogatives du juge seraient ici exclusivement limitées à pouvoir rejeter la demande portée devant lui en cas de preuve insuffisante¹¹.

L'idée à l'origine de la répartition de la charge de la preuve telle qu'elle est organisée par l'article 1315 du Code civil s'expliquerait ainsi : «les hommes [étant] présumés libres d'obligations quelconques»¹², il appartient à celui qui soutient être le créancier d'une obligation d'en établir la preuve en démontrant les faits ou actes juridiques à l'origine de sa créance¹³. D'autres auteurs ont encore souligné que ce régime se justifie par une meilleure aptitude à la preuve. Il est en effet plus aisé pour le créancier d'apporter la preuve de sa créance que pour le débiteur de démontrer son absence d'obligation envers le créancier¹⁴. La meilleure aptitude à la preuve d'une partie ne peut cependant pas justifier un renversement de la charge de la preuve (voy. *infra*, n° 16).

Le texte précise qu'une fois la preuve de l'obligation rapportée par le créancier, il revient au débiteur d'apporter la preuve qu'il est libéré de cette obligation. Un double mouvement s'opère ainsi, faisant alternativement peser la charge de la preuve sur le créancier, puis sur le débiteur qui se prétend libéré. H. De Page explique cette permutation de la charge de la preuve comme suit : «Dès qu'une situation juridique contraire à l'état normal est réputée *acquise* (elle l'est par la preuve qu'en administre le demandeur), cette situation est *réputée subsister*. C'est à celui qui prétend qu'elle n'existe plus [...] à établir les éléments dont résulte *l'interversion de la situation acquise*»¹⁵. Le créancier ne doit donc pas établir le maintien de son droit : seule la naissance de celui-ci doit être prouvée¹⁶. Dans la lignée de cet enseignement, nous approuvons un récent arrêt du 27 mai 2016 de la Cour de cassation, par lequel la Haute juridiction a sanctionné le juge du fond qui refusait le calcul de l'indemnisation des dommages moral et ménager permanents de la demanderesse par la capitalisation d'une base journalière forfaitaire, au motif que celle-ci ne démontrait

¹⁰ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht», *op. cit.*, spéc. pp. 682-683 (traduction libre).

¹¹ A. KHOL, «L'action civile en dommages-intérêts résultant d'une infraction. Charge de la preuve de la cause de justification et autorité de la chose jugée de la décision répressive antérieure», *op. cit.*, spéc. p. 376.

¹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 726.

¹³ *Ibidem*; D. MOUGENOT, *La preuve*, *Rép. not.*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 92, n° 26.

¹⁴ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 40, n° 65; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 92, n° 26; V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne?», in I. Lutte(dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, spéc. p. 11.

¹⁵ H. DE PAGE, *Traité*, n° 726.

¹⁶ D. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 92; J. KIRKPATRICK, «Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 106.

pas que ses dommages demeureraient constants dans le futur¹⁷. Si la victime d'un fait illicite doit justifier de son dommage, elle ne doit pas en établir la constance à l'avenir. Partant, la Cour de cassation avait conclu à une violation des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire¹⁸.

4. Devoir de collaboration des parties dans le cadre de l'administration de la preuve¹⁹. Les articles 871 et 877 du Code judiciaire offrent au juge la faculté d'ordonner la production d'éléments probatoires qui sont (ou que l'on peut présumer être) en possession d'une partie, quand bien même ceux-ci lui seraient défavorables²⁰. Chaque partie doit donc collaborer loyalement à l'administration de la preuve, qu'elle supporte ou non la charge de la preuve²¹. À défaut, le juge pourra user de son pouvoir de contrainte. Ce devoir de collaborer à l'administration de la preuve ne peut cependant pas aboutir à un renversement de la charge de la preuve²².

La partie qui n'est pas *sensu stricto* tenue à la charge de la preuve peut avoir intérêt à adopter dès le départ une attitude proactive dans le litige. En effet, comme le souligne J.-L. MOURALIS, «plus se construit la conviction du juge, plus il devient urgent pour le défendeur de produire les preuves qui étayent ses dénégations»²³. Fort de sa pratique, D. MOUGENOT confirme ainsi que «chacun aligne donc ses preuves»²⁴.

Une partie de la doctrine estime que cette obligation de collaboration des parties doit s'entendre *sensu stricto*, c'est-à-dire comme l'obligation pour les parties de collaborer à l'administration de la preuve à la demande du juge²⁵. La majorité des auteurs considère cependant qu'il existe un devoir général de collaboration loyale des parties au procès, et ce, même en l'absence d'injonction

¹⁷ La Cour de cassation prend soin de préciser que le jugement attaqué ne dénie pas «que la demanderesse démontre avoir subi un dommage moral (ou ménager selon le moyen) permanent».

¹⁸ Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 2016, R.G.A.R., 2017, n° 15363.

¹⁹ Pour une réinterprétation de ce devoir loyal de collaboration des parties à la preuve, voy. W. VANDENBUSSCHE, «"Je t'aime...", moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht», in X, *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht. Iste Interuniversitair Congres over Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht (ICAV I)*, Anvers- Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 81-122, spéc. p. 104-155. L'auteur analyse également dans quelle mesure cette nouvelle interprétation peut constituer une réponse au déficit d'information et/ou au besoin de preuve auquel une partie lésée peut être confrontée.

²⁰ Il s'agit d'une faculté offerte au juge et non d'une obligation (Cass., 14 décembre 1995, Arr. Cass., 1995, p. 1128; Pas., 1995, I, p. 1165).

²¹ Bruxelles (20^e ch.), 25 mars 2014, TBO, 2016, p. 54.

²² Cass. (1^{re} ch.), 4 juin 2015, J.L.M.B., 2017, p. 296.

²³ J.-L. MOURALIS, *v° Preuve*, 2^e éd., *Rép. dr. civil Dalloz*, 2002, n° 960 et la référence citée.

²⁴ D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 93.

²⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 214; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, *op. cit.*, p. 135.

du juge²⁶, en application du principe général de bonne foi²⁷. Cette seconde interprétation doit être préférée. En effet, bien qu'aucun argument de texte ne confère explicitement l'obligation pour les parties de collaborer loyalement à l'administration de la preuve²⁸, les facultés offertes au juge d'ordonner la production d'une pièce, voire de sanctionner la partie qui ne satisfait pas à cette demande, révèlent l'existence d'un devoir général de collaboration des parties à l'administration de la preuve dont le juge est uniquement chargé d'assurer le respect. Tant les décisions des juges du fond²⁹ que les récents arrêts de la Cour de cassation confirment cette seconde solution³⁰. À tout le moins, il nous semble que le choix d'une attitude purement passive connaît des limites : le défendeur ne peut refuser d'exposer sa version des faits (ce qui apparaît utile à la manifestation de la vérité) ni contester d'une manière générale et/ou non motivée le bien-fondé de la demande portée devant le juge³¹.

S'il l'estime utile, le juge peut ordonner la tenue d'une expertise judiciaire. Il faut cependant que la partie qui sollicite l'expertise fournisse « des faits qui, à défaut d'une preuve contraire concluante, immédiatement apportée, peuvent être considérés comme véridiques et pertinents et dont la preuve est permise et raisonnablement possible à l'aide de la mesure d'instruction demandée »³². Une expertise judiciaire « n'a pas pour finalité de pallier la charge de la preuve défaillante [de la partie demanderesse originaire] »³³.

²⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 470; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 31; W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., spéc. p. 94, n° 17; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2361, n° 1651. Pour une analyse plus approfondie sur le sujet, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. pp. 696-710.

²⁷ Voy. entre autres : P. VAN OMMESELAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, p. 101 et s., spéc. p. 108, n° 15; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 45.

²⁸ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 214.

²⁹ Bruxelles (20^e ch.), 25 mars 2014, *T.B.O.*, 2016, p. 54; Bruxelles, 27 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 284; Civ. Malines (4^e ch.), 23 mai 2012, *R.W.*, 2014-2015, col. 393; Civ. Gand (14^e ch.), 14 septembre 2010, *R.D.J.P.*, 2011, p. 76; Pol. Bruxelles, 7 décembre 2001, *J.J.Pol.*, 2012, p. 41.

³⁰ Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2547, *R.W.*, 2015-2016 (sommaire), col. 898; Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2216, *Arr. Cass.*, 2013, p. 2401; Cass., 18 janvier 2007, *Res. Jur. Imm.*, 2007, p. 27; Cass., 10 décembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1998, *Pas.*, 2004, p. 1962. Pour un commentaire de ces arrêts, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. pp. 701-707 et W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., spéc. pp. 96-104.

³¹ *Ibidem*, spéc. pp. 63-65. Notez que cet auteur expose encore deux autres limites qu'il estime nécessaires face à l'attitude purement passive de l'adversaire : l'interdiction de dissimulation frauduleuse des pièces et le contrôle du juge (pp. 65-68). En jurisprudence, voy. Bruxelles, 27 octobre 2017, RG : 2013/AR/658, disponible sur www.stradalex.be, qui estime que l'inertie d'une partie dans l'administration de la preuve peut justifier un renversement ou un assouplissement de la charge de la preuve.

³² Traduction libre de Bruxelles, 13 février 2012, *T.B.O.*, 2015, p. 136.

³³ Traduction libre de Gand, 29 septembre 2016, *Bull. ass.*, 2017, p. 199.

La passivité et le refus de collaboration d'une des parties à une mesure d'instruction, *sans motif légitime*, ont parfois été sanctionnés par la jurisprudence sous forme d'un partage des dépens alors que la demanderesse avait été déboutée de son action³⁴. Comme le souligne R. Dekkers, l'adage « *nemo tenetur edere contra se* », selon lequel personne n'est tenu d'apporter une preuve contre soi, ne constitue pas un principe absolu en jurisprudence³⁵. La condamnation de la partie récalcitrante à supporter une partie des dépens constitue une application particulière de l'article 882 du Code judiciaire qui autorise le juge à condamner à des dommages et intérêts « la partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie ». D'autres sanctions sont encore envisageables. Par exemple, le juge pourrait condamner la partie qui refuse de collaborer au paiement d'une amende civile (art. 780bis du Code jud.) ou encore assortir d'astreinte la tenue d'une mesure d'expertise³⁶. En outre, l'article 972bis, § 1^{er}, du Code judiciaire permet désormais au juge de tirer « toute conséquence qu'il jugera appropriée »³⁷ du refus de collaboration d'une partie à l'expertise. Selon nous, cette disposition n'autorise cependant pas le juge à déclarer l'action fondée en raison de ce refus. Ce faisant, le juge méconnaîtrait en effet les dispositions réglant la charge de la preuve³⁸. Par contre, il pourrait prendre en compte ce comportement injustifié au titre de présomption pour fonder sa conviction³⁹.

5. Articulation de ces principes. Était-il nécessaire d'établir des règles tendant à déterminer celui qui supporte la charge de la preuve dès lors que chaque partie est tenue – que ce soit en vertu du principe de bonne foi ou par

³⁴ Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, I, p. 387 et s., note D. DESSARD, « Medewerking van de partijen aan de bewijsvoering. Sanctionering van weigering », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 451 et s., note E. CEREXHE, « La condamnation aux dépens : une sanction au refus de collaboration à l'administration de la preuve ».

³⁵ R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », note sous Liège, 31 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1959, spéc. p. 150 et les références citées. Voy. également B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 348; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 31; D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », op. cit., VI.1-2.4; W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., p. 91; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. p. 696.

³⁶ W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., pp. 81-122, spéc. p. 115 et les références citées.

³⁷ Inséré par l'art. 10 de la Loi du 15 mai 2007 (*M.B.*, 22 août 2007).

³⁸ Sur la sanction la mieux adaptée en cas de refus de collaboration d'une partie, voy. D. DESSARD, « Medewerking van de partijen aan de bewijsvoering. Sanctionering van weigering », op. cit., spéc. p. 392 et la jurisprudence citée.

³⁹ *Ibidem*, p. 394. Sur les conséquences que le juge peut tirer de l'article 972bis, § 1, voy. Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, op. cit., p. 141, n° 47. Voy. en jurisprudence, Civ. Malines (4^e ch.), 23 mai 2012, *R.W.*, 2014-2015, col. 393; Civ. Gand (14^e ch.), 14 septembre 2010, *R.D.J.P.*, 2011, p. 76. Pour un commentaire des options qui s'offrent au juge, voy. W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., spéc. pp. 116-119.

l'exercice du pouvoir de contrainte du juge – de collaborer à l'administration de la preuve ? La réponse est affirmative en ce que, si la charge de la preuve ne peut s'interpréter comme définissant strictement un ordre prédéfini et immuable de production de preuves⁴⁰, il n'en demeure pas moins qu'en cas d'incertitude, le juge interprétera les faits au détriment de celui qui supporte *in fine* la charge de la preuve⁴¹. Une fois qu'il aura entendu les parties, recueilli leurs observations, ordonné s'il l'estime nécessaire la mise en place d'une mesure d'expertise et apprécié la valeur probante des éléments qui lui sont soumis, le juge rendra sa décision. Il est en effet tenu de statuer, et ce, même en cas de doute, sous peine de commettre un déni de justice. C'est à ce moment que la détermination de celui qui supporte la charge de la preuve trouvera toute son importance⁴².

En ce sens, la Cour de cassation a confirmé que « l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve »⁴³. Dans un jugement du 5 septembre 2016, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles a ainsi débouté de son action la victime d'un accident qui prétendait que celui-ci était dû à un vice du sol, eu égard au doute concernant la réalité des faits⁴⁴. Cet enseignement rappelle que la charge de la preuve et l'administration de la preuve interviennent donc à des stades différents : le premier élément s'évalue au moment du délibéré tandis que le second intervient au cours de l'instruction du litige⁴⁵.

Certains auteurs préfèrent alors parler de « risque de la preuve »⁴⁶, expression davantage représentative des conséquences qui sont attachées « en bout de

⁴⁰ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 962. Notez cependant que certains auteurs estiment que l'article 1315 du Code civil organise un partage strict de la charge de la preuve (CORNELIS, MOURLON-BEERNAERT ET SAMYN). D'autres encore considèrent que le risque et la charge de la preuve ne reposent pas nécessairement sur la même partie, puisqu'il faudrait prendre en compte la meilleure aptitude à la preuve (STORME). Voy. sur ces différentes conceptions doctrinales : W. VANDENBUSSCHE, « De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure », *op. cit.*, spéc. pp. 42-46, et les références citées dans sa contribution.

⁴¹ Sur cette question, B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY ET W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », *op. cit.*, p. 726 et J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 962.

⁴² J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 967.

⁴³ Cass., 17 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1119, *Dr. circ.*, 2000, p. 14 ; Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 629. Voy. également en jurisprudence française : Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. cass.*, 1962, civ. IV, n° 105.

⁴⁴ Civ. Bruxelles (11^e ch.), 5 septembre 2016, *Con. M.*, 2016, p. 170. Voy. également : Liège (23^e ch.), 17 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 194.

⁴⁵ D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », *op. cit.*, VI.1-2.3.

⁴⁶ J.-L. MOURALIS, *ibidem* ; M. MERVILLE, « La preuve du lien de causalité et le préjudice environnemental individuel », *Amén.*, 2014, spéc. p. 17 ; F. TERRÉ ET Y. LEQUETTE, « Charge de la preuve. Médecin. Obligation d'information. Exécution (commentaire de Cass. fr. (1^{er} ch. civ.), 25 février 1997) », in H. CAPITANT, F. TERRÉ ET Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2007, p. 123 et s. ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 93, n° 27 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 151 et s. ; N. VERHEYDEN-JEAMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 68 ; F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.*, 1966, p. 736 et s. ; R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil : Permanences et transformations*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 101.

course » à une insuffisance de preuve. Dans un arrêt du 19 janvier 2001, la Cour de cassation a explicitement consacré le fait que celui qui allègue un fait est tenu *tant* à la charge de la preuve *qu'au* risque de cette preuve⁴⁷.

§ 2. Le renversement de la charge de la preuve par le juge

6. **Contexte.** Dans un souci d'équité, certains juges n'hésitent pas à renverser la charge de la preuve. Comme nous le verrons, ces initiatives jurisprudentielles ont reçu un accueil différent auprès de la Cour de cassation, gardienne du respect du prescrit légal.

A. L'évaluation rigoureuse de l'obligation de sécurité des communes en matière de voiries

7. **Principes.** Les communes ont l'obligation de veiller à la sûreté des voies ouvertes au public (rues, places, etc.) sur leur territoire, en vertu de l'article 135, § 2, de la nouvelle loi communale⁴⁸.

L'obligation de sécurité qui pèse sur la commune est relativement lourde. Dans un arrêt du 12 janvier 2001, la Cour de cassation a jugé que « la commune est tenue de n'aménager et de n'ouvrir à la circulation que des voies sûres. Elle doit, sauf cause étrangère qui ne peut lui être imputée et qui l'empêche de respecter son obligation de sécurité, prévenir par des mesures appropriées tout danger anormal, apparent ou caché. La commune a la charge de prouver la cause de justification »⁴⁹. L'obligation pour la commune de pallier tout danger, fût-il caché, témoigne de la sévérité de l'obligation qui repose sur celle-ci. Toutefois, la commune n'est pas « garante [du] résultat »⁵⁰.

8. **Connaissance présumée du danger.** Dans son arrêt du 17 avril 2008, la Cour de cassation invite explicitement le juge du fond à « avoir égard au fait que les autorités communales pouvaient ou devaient avoir connaissance du danger »⁵¹ pour apprécier l'existence d'une faute. Elle ajoute : « Sauf preuve

⁴⁷ Cass. (1^{er} ch.), 19 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 130, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 221.

⁴⁸ Voy. également l'obligation qui pèse sur la commune de répondre des dommages causés par des attroupements en vertu du décret du 10 vendémiaire An IV. Sur ce sujet, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK ET G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 585, n° 702.

⁴⁹ Cass., 12 janvier 2001, *T.A.V.W.*, 2001, p. 260. Notez que dans cet arrêt, la Cour de cassation décide que la responsabilité de la commune a pu légalement être retenue par le juge du fond sur pied de l'article 135, § 2, de la nouvelle loi communale. Précédemment, elle avait statué dans des termes sensiblement similaires, mais sur la base des articles 1382-1383 du Code civil (Cass. (1^{er} ch.), 12 mars 1999, *R.W.*, 2001-2002, col. 525).

⁵⁰ I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART ET S. LIERMAN, *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique – 2005*, p. 24, disponible sur <https://justice.belgium.be>.

⁵¹ Cass. (1^{er} ch.), 17 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 921, *J.J.Pol.*, 2008, p. 200, *NjW.*, 2009, p. 323, note I. BOONE.

contraire, il y a lieu d'admettre en principe, lorsque la victime apporte la preuve d'un danger anormal sur une voie de la commune, que les autorités communales devaient connaître l'existence de ce danger et savoir que des mesures s'imposaient pour conjurer le danger⁵². Partant, une sorte de présomption réfragable de responsabilité pèse sur la commune, une fois la preuve d'un danger anormal rapportée par la victime. Bien qu'il s'agisse d'une obligation de moyens⁵³, d'aucuns ont souligné que la Cour de cassation admet « au moins implicitement un renversement de la charge de la preuve puisque la victime peut se contenter de démontrer l'existence d'un danger anormal »⁵⁴.

9. Cause d'exonération. « Pour se dégager de leur responsabilité, les autorités communales sont tenues dans ce cas d'établir qu'elles ne devaient pas avoir connaissance ou n'avaient pas connaissance de l'existence du danger ou encore qu'elles n'ont pas eu le temps de prendre les mesures adéquates pour apprécier le danger anormal »⁵⁵. À la différence d'une obligation de résultat où il n'est pas utile de procéder à l'examen de la conduite du défendeur⁵⁶, le juge analysera si la commune a fourni les efforts nécessaires pour pallier le danger⁵⁷. Dans l'affirmative, la commune ne sera tenue d'aucuns dommages et intérêts envers la victime. Cette jurisprudence vient d'être récemment confirmée dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2013⁵⁸.

B. La création ou la reconnaissance d'obligations de résultat

10. Distinction traditionnelle entre obligations de moyens et de résultat. L'on connaît l'importance de la distinction entre obligations de moyens et de résultat, opérée selon le contenu de l'obligation en cause. Si l'obligation qui pèse sur le débiteur est considérée comme une obligation de

⁵² *Ibidem*.

⁵³ La Cour de cassation a confirmé à de nombreuses reprises qu'il ne s'agissait pas d'une obligation de résultat mais bien d'une obligation de moyens. Voy. par ex. Cass. (1^{re} ch.), 6 novembre 2009, *Arr. Cass.*, 2009, p. 2568, *Pas.*, 2009, p. 2527, concl. HENKES; Cass. (1^{re} ch.), 3 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 270, concl. HENKES, *J.L.M.B.*, 2005, p. 720, note M. SCARCEZ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 217, *Arr. Cass.*, 2005, p. 219, *R.W.*, 2005-2006, col. 1540, note Th. VANSWEEVELT.

⁵⁴ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 656, n° 777.

⁵⁵ *Ibidem*. Nous soulignons.

⁵⁶ H. et L. MAZEUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1934, n° 103-2.

⁵⁷ I. VEROUSTRATE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART et S. LIERMAN, *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique – 2005*, p. 24, disponible sur <https://justice.belgium.be>.

⁵⁸ Cass. (3^e ch.), 28 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2060, *J.J.Pol.*, 2014, p. 134, note D. VAN TRIMPONT. Pour un commentaire de cette décision, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. pp. 769-770.

moyens, le créancier doit prouver la faute du débiteur⁵⁹. À l'inverse, en cas d'obligation de résultat, la faute du débiteur est présumée dès que le résultat escompté n'a pas été atteint. Le débiteur ne pourra alors se libérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve d'une cause d'exonération⁶⁰.

11. Accueil des obligations de résultat en jurisprudence. La qualification d'obligation de moyens ou de résultat est déterminée soit par l'analyse de la volonté du législateur à l'origine de l'obligation légale, soit par celle de l'intention présumée des parties, dans le cas d'une obligation contractuelle. En cas de doute, à l'issue de cet examen, le juge analysera la part d'aléa que présente l'obtention du résultat. Une obligation qui ne comporte pas d'aléa particulier sera qualifiée d'obligation de résultat, alors que, dans le cas inverse, il s'agira d'une obligation de moyens⁶¹.

Ces dernières années, la tendance à qualifier des obligations reconnues initialement de moyens en obligations de résultat s'est amplifiée. Cette évolution est patente dans deux domaines : (1^o) en matière d'infections nosocomiales et (2^o) en matière de devoir d'information des professionnels de la santé. L'obligation de résultat qui pèse sur le vendeur spécialisé de délivrer une chose qui ne soit pas affectée d'un vice a également subi plusieurs évolutions (3^o).

12. (1^o) Obligation de sécurité de l'hôpital en matière d'infections nosocomiales. S'il n'est pas contesté que l'obligation générale de soins qui pèse sur l'hôpital est une obligation de moyens, la question s'avère plus délicate en ce qui concerne la problématique des infections nosocomiales⁶². La jurisprudence apparaît divisée : si certains juges considèrent toujours qu'il s'agit d'une obligation de moyens⁶³, d'autres estiment, au contraire, que l'hôpital est

⁵⁹ Voy. parmi d'autres : B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., p. 716; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., p. 51, n° 15 (et les arrêts de cassation cités); B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, op. cit., p. 175, n° 172; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, op. cit., pp. 67-68; D. MOUGENOT, *La preuve*, p. 95, n° 28; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 182; R.O. DALCQ, *Traité*, 1967, n° 59.

⁶⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., p. 51, n° 15.

⁶¹ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., p. 52, n° 16.

⁶² En réalité, sont visées les infections nosocomiales exogènes, qui proviennent « de la transmission d'un malade à l'autre par la contamination des instruments de soins, du personnel médical, de l'environnement hospitalier, voire d'une transmission par le personnel médical de ses propres germes » (à la différence d'une infection nosocomiale d'origine endogène, où le patient s'infecte avec ses propres germes). L'origine de l'infection n'est cependant pas toujours déterminable. Voy. M. VANDERWECKENE, « Les infections nosocomiales : une simple question d'hygiène hospitalière ? », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13568. En faveur de cette distinction préalable : *Civ. Liège* (6^e ch.), 18 janvier 2011 et 23 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 792.

⁶³ Bruxelles, 19 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15355; Bruxelles, 19 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15355; Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734, obs. G.G.; *Civ. Bruxelles* (11^e ch.), 11 juin 2012, *Con. M.*, 2012, p. 153; Liège, 18 octobre 2012 et Liège, 15 novembre 2012, *Con. M.*, 2013, pp. 85 et s., obs. E. LANGENAKEN; *Civ. Bruxelles*,

tenu d'une obligation de résultat⁶⁴, suivant en cela la jurisprudence française⁶⁵. L'idée qui semble guider cette nouvelle interprétation est clairement exprimée dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 15 novembre 2006 : « Il est inadmissible que le séjour d'un patient en clinique ou en hôpital lui fasse courir le risque d'en sortir affecté d'une grave infection qu'il n'avait pas en y entrant et qui est sans rapport avec les raisons de ce séjour »⁶⁶.

La qualification d'obligation de résultat nous semble pourtant devoir être rejetée pour plusieurs raisons⁶⁷. Premièrement, il n'est pas contesté qu'il est impossible d'éradiquer ce type d'infections, malgré des mesures d'hygiène strictes, d'asepsie et de désinfection mises en œuvre au sein d'un hôpital⁶⁸. Si le risque peut être réduit, il ne peut donc disparaître totalement⁶⁹. Ce constat témoigne de l'existence inévitable d'un aléa et plaide dès lors en faveur d'une obligation de moyens. Deuxièmement, il est difficile de soutenir que l'hôpital ait pu s'engager à une telle obligation de résultat de manière accessoire dans le cadre du contrat d'hospitalisation, sachant qu'il ne peut conjurer le risque d'infection inhérent à tout séjour en hôpital⁷⁰.

La position des juges du fond en faveur d'une obligation de sécurité de résultat s'explique donc davantage par le souci d'indemnisation des victimes plutôt que par l'analyse du contenu des obligations en cause. S'il est reconnu une obligation de résultat dans le chef de l'hôpital, ce dernier ne pourra échapper à sa responsabilité qu'en apportant la *preuve d'une cause étrangère libératoire*.

7 janvier 2010, *J.L.M.B.*, p. 752, note G. GENICOT; Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13573; Anvers, 12 décembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 295.

⁶⁴ Civ. Bruxelles, 28 janvier 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 133, note G.G.; Civ. Liège, 18 janvier 2011 et 23 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 792; Civ. Liège, 30 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 748, note G. GENICOT; Liège, 18 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 745; Liège, 15 novembre 2006, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 362; Civ. Liège, 17 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1185.

⁶⁵ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 29 juin 1999, *J.C.P.*, 1999, II, p. 10138, rapport SARGOS. Depuis lors, la France a développé son arsenal législatif en instaurant un article L1142-1 du Code de la santé publique (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002) qui, en son point I, § 2, énonce : « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». La jurisprudence française est très favorable aux victimes d'infections nosocomiales. Voy. encore récemment un arrêt de la Cour de cassation française du 17 juin 2010 qui a jugé que « lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection » (*J.L.M.B.*, 2013, p. 48).

⁶⁶ Liège, 15 novembre 2006, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 362.

⁶⁷ *Contra* : G. GENICOT, « Infections nosocomiales : la responsabilité médicale au milieu du gué », *J.L.M.B.*, 2010, spéc. p. 758.

⁶⁸ Le respect de ces mesures peut toutefois être considéré comme une obligation de résultat. En ce sens : Civ. Bruxelles (11^e ch.), 11 juin 2012, *Con. M.*, 2012, p. 153.

⁶⁹ Bruxelles, 19 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15355; Civ. Bruxelles (11^e ch.), 11 juin 2012, *Con. M.*, 2012, p. 153; Civ. Bruxelles, 7 janvier 2010, *J.L.M.B.*, p. 752, note G. GENICOT.

⁷⁰ Bruxelles, 19 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15355.

Il sera donc pratiquement toujours tenu de réparer le dommage subi par la victime.

Cette opposition entre obligations de moyens et de résultat doit être nuancée. Certains juges qui reconnaissent une obligation (générale) de moyens de l'hôpital admettent néanmoins que ce dernier soit tenu à une obligation de résultat si l'infection nosocomiale développée trouve son origine dans un matériel défectueux⁷¹. En effet, le patient « est en droit de s'attendre [...] à ce que le matériel utilisé dans le cadre de l'opération chirurgicale soit parfaitement désinfecté et ne puisse pas être une source d'infection ou contamination »⁷². Il en va différemment du champ opératoire, pour lequel, nonobstant l'asepsie, il subsiste toujours un risque d'infection, et donc un aléa⁷³.

13. (2°) Devoir d'information des professionnels de la santé. Conformément aux règles sur la charge de la preuve, l'on enseigne traditionnellement que la preuve du défaut d'information repose sur le patient. Cependant, ce dernier est souvent dans l'impossibilité d'apporter la preuve qu'il n'a pas été valablement informé. En effet, il s'agit d'établir l'existence d'un fait négatif. Cette circonstance explique le penchant de certains juges à inverser la charge de la preuve, en faisant peser la preuve du devoir d'information sur les professionnels de la santé (médecins, infirmières, etc.). Ainsi, dans un arrêt du 25 février 1997, la Cour de cassation française a décidé : « Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ; ... Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁷⁴.

À la suite de cet arrêt, certains juges belges ont modifié leur jurisprudence en décidant qu'il revient au praticien d'apporter la preuve qu'il a informé son patient⁷⁵. Ce courant jurisprudentiel, minoritaire, n'a pas influencé notre Cour suprême. En 2004, la Cour de cassation réaffirme sa position traditionnelle

⁷¹ Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734; Liège, 18 octobre 2012 et Liège, 15 novembre 2012, *Con. M.*, 2013, p. 85; Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13573.

⁷² Liège, 20 juin 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1103.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cass. fr. (1^{re} ch.), 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12858. Depuis l'adoption de la loi du 4 mars 2002, la charge de la preuve pèse clairement sur le professionnel de la santé. L'article L. 1111-2, alinéa 7, du Code de la santé publique dispose : « En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au précédent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

⁷⁵ Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139, note Th. VANSWEEVELT; Anvers, 22 juin 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144, note; Civ. Namur, 30 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 34.

dans deux arrêts rendus le même jour⁷⁶ : le patient qui réclame l'indemnisation d'un dommage supporte la charge de la preuve ; il revient donc à ce dernier de prouver que le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information. Ce devoir constitue une obligation de moyens⁷⁷.

Le 25 juin 2015, la Cour de cassation décide cependant, dans un autre type de contentieux, qu'il incombe à l'avocat d'aviser son client de son droit à l'aide juridique et à rapporter la preuve de la délivrance de cette information⁷⁸. Cet arrêt laconique a suscité de nombreux commentaires en doctrine⁷⁹. La portée de cette jurisprudence a été diversement interprétée. S'inspirant de cet arrêt, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles dans trois jugements des 29 février⁸⁰, 5 avril⁸¹ et 19 décembre 2016⁸² et la Cour d'appel d'Anvers dans deux arrêts des 21 novembre⁸³ et 12 décembre 2016⁸⁴ ont ainsi jugé qu'il appartient au médecin de prouver qu'il a rempli son obligation d'information envers son patient.

Un arrêt du 11 janvier 2019 de la Cour de cassation pourrait avoir récemment mis fin aux incertitudes⁸⁵. Les faits sont simples : une patiente subit un scanner à l'hôpital et chute de la table d'examen alors qu'elle tente de se relever. Elle souffre d'une fracture de la cheville. La plaignante soutient qu'elle n'a pas été informée par l'infirmier qu'elle devait attendre que la table soit complètement abaissée pour se relever, tandis que l'infirmier avance de son côté avoir donné cette information. La Cour d'appel d'Anvers, saisie en degré d'appel, avait jugé que la charge de la preuve incombait au prestataire de soins. Ce dernier, mécontent de cette issue, saisit la Cour de cassation qui censure l'arrêt attaqué. Après avoir rappelé le prescrit des articles 870 du Code judi-

ciaire et 1315 du Code civil, elle décide : « Wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskennen van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan »⁸⁶.

14. (3°) Obligation de résultat du vendeur spécialisé en matière de vices cachés. Un arrêt de la Cour de cassation d'avril 2017 nous donne l'occasion de revenir sur la « présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel » en matière de garantie des vices cachés. Cette « présomption », découverte par les juges du fond à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mai 1939⁸⁷, assimilait, dans un premier temps, le vendeur professionnel et le fabricant au vendeur qui connaissait le vice de la chose⁸⁸.

Sous réserve des évolutions décrites ci-après, il est à noter que cette « présomption de mauvaise foi » vaut également en matière de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (art. 1643 du Code civil). Le vendeur ne peut invoquer une clause contractuelle pour échapper à la garantie⁸⁹. Il peut toutefois invoquer que le vice caché était indécélable ; l'ignorance invincible constituant une cause de justification de nature à établir son absence de mauvaise foi⁹⁰.

En réalité, l'utilisation de l'expression « présomption de mauvaise foi » est impropre. Il s'agit plutôt « de la création, par la jurisprudence, d'une obligation de connaissance et d'élimination des vices »⁹¹. Au départ, la Cour de cassation semblait imposer cette obligation tant au fabricant qu'au « marchand », entendu au sens commun du terme comme une personne qui fait du commerce⁹². Les juges du fond ont donc considéré que « la présomption de mauvaise foi » s'appliquait à tout vendeur professionnel⁹³.

⁷⁶ Cass., 16 décembre 2004, arrêt C.03.0273.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN ; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, arrêt C.03.0407.N, *Arr. Cass.*, 2004, p. 2081, J.L.M.B., 2006, p. 1168, *Pas.*, 2004, p. 2022, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN.

⁷⁷ La Cour de cassation a en effet énoncé clairement qu'il ne s'agissait pas d'une obligation de résultat (Cass., 16 décembre 2004, arrêt C.03.0273.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN).

⁷⁸ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 368, note C. LEMMENS, R.G.A.R., 2015, n° 15219, note F. GLANSORFF, R.W., 2015-2016, p. 1664, note W. VANDENBUSSCHE, R.D.C., 2016, p. 653, note D. MOUGENOT.

⁷⁹ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », R.C.J.B., 2018, pp. 115-147 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », R.D.C.-T.B.H., 2016, pp. 655-661 ; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, pp. 7-38 ; F. GLANSORFF, note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, R.G.A.R., 2015, n° 15219 ; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren », R.W., 2015-2016, p. 1665.

⁸⁰ Civ. Bruxelles (1^{re} ch. fr.), 29 février 2016, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370.

⁸¹ Civ. Bruxelles (7^{me} ch.), 5 avril 2016, J.T., 2016, p. 404, note F. GLANSORFF.

⁸² Civ. Bruxelles (1^{re} ch. fr.), 19 décembre 2016, *Con. M.*, 2017, p. 188.

⁸³ Anvers, 21 novembre 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 32, note C. LEMMENS.

⁸⁴ Anvers, 12 décembre 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 34, note C. LEMMENS.

⁸⁵ Cass. (1^{re} ch.), 11 janvier 2019, C.18.0210.N.

⁸⁶ « Si la partie lésée fait valoir que le préjudice qu'elle a subi est imputable à un manquement à l'obligation générale de diligence découlant du fait que le défendeur ne lui a pas fourni d'informations précises, il doit non seulement prouver que le défendeur aurait dû le lui fournir, mais également qu'il ne lui a pas fourni ces informations » (traduction libre).

⁸⁷ Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223.

⁸⁸ E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1998, p. 383.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Cass., 7 avril 2017, C.16.0311.N, R.G.D.C., 2018/3, p. 168 ; Cass., 18 octobre 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 1721, *Pas.*, 2001, p. 1659 ; Cass., 6 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 152.

⁹¹ E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, *op. cit.*, p. 385.

⁹² Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, p. 223 ; Cass., 13 novembre 1959, *Pas.*, 1960, p. 313.

⁹³ Bruxelles, 27 novembre 1963, J.T., 1964, p. 74 ; Bruxelles, 12 novembre 1973, R.G.A.R., 1974, n° 9177.

Dans un arrêt du 6 mai 1977⁹⁴, la Cour de cassation a toutefois restreint la portée de sa jurisprudence en limitant l'obligation de connaissance au fabricant et au vendeur «spécialisé». La position antérieure était critiquable. En effet, «[l'] obligation imposée au fabricant et au marchand de vérifier la chose qu'il vend»⁹⁵ s'explique par le fait que ces derniers jouissent en principe d'une certaine compétence, justifiant qu'un résultat (délivrer une chose exempte de vice caché) puisse être attendu par l'acheteur⁹⁶. Cette obligation de résultat «pren[d] appui sur une règle de l'Ancien droit selon laquelle *spondet peritiam artis* («L'artisan répond de la connaissance de son art»)»⁹⁷. Ce devoir de connaissance est donc basé sur «une insuffisance présumée dans la mise en œuvre des moyens indispensables à la découverte des vices éventuels»⁹⁸ et non sur une exigence de garantie, comme c'est le cas en France. Ce choix implique en conséquence, si l'on souhaite rester cohérent, de ne pas faire peser l'obligation de résultat sur le vendeur professionnel pour la seule raison qu'il est «un professionnel».

Les juges du fond ne suivent cependant pas toujours la jurisprudence de la Haute juridiction. Ils continuent en effet de se référer à la «présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel»⁹⁹. Ces divergences jurisprudentielles présentent des conséquences en termes de charge de la preuve. En effet, si l'acheteur a acquis la chose litigieuse auprès d'un vendeur professionnel, sa position est beaucoup plus confortable lorsque la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas suivie à la lettre par le juge du fond. L'acheteur n'a alors qu'à établir l'existence d'un vice caché pour que la responsabilité contractuelle du vendeur soit presque automatiquement engagée. Dans le cas contraire, si le juge du fond respecte scrupuleusement la jurisprudence de la Cour de cassation, la charge de la preuve reposera entièrement sur l'acheteur qui pourra le cas échéant se voir opposer une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

L'arrêt du 7 avril 2017 s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans cet arrêt, la Cour casse l'arrêt attaqué au motif que l'obligation de fournir une chose sans vice est une obligation de résultat qui «n'incombe pas à chaque vendeur professionnel, mais uniquement au fabricant

⁹⁴ Cass., 6 mai 1977, *Arr. Cass.*, 1977, p. 915, *Pas.*, 1977, p. 907.

⁹⁵ Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223.

⁹⁶ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2013, n° 249.

⁹⁷ *Ibidem* et les références citées.

⁹⁸ E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, *op. cit.*, p. 388.

⁹⁹ Liège (3^e ch.), 23 avril 2013, *D.C.C.R.*, 2014, n° 103, p. 50; Liège (20^e ch.), 3 février 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1846; Bruxelles (4^e ch.), 4 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2014, p. 200; Liège, 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 624; Civ. Liège, 2 octobre 2009, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14623.

et au vendeur spécialisé»¹⁰⁰. En conséquence, elle décide : «en considérant [...] que l'obligation de résultat consistant à livrer la chose sans vice et à prendre toutes les mesures pour déceler tous les vices possibles s'applique à chaque vendeur professionnel, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision»¹⁰¹.

En ce qui concerne les rapports entre une entreprise et un consommateur, des dispositions plus contraignantes peuvent trouver à s'appliquer (voy. art. 1649^{quater} et 1649^{octies} du Code civil, art. VI.83, 13°, 14° et 30°, du C.D.E. ou encore art. 10, § 1, de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux)¹⁰². En vertu de l'article VI.83, 14°, du C.D.E., sont abusives, dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de «supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés [...]». Où l'on voit qu'en droit de la consommation, il est préféré au critère de la spécialisation retenu par la Cour de cassation en matière de garantie des vices cachés, le caractère professionnel de l'activité exercée par le vendeur¹⁰³.

La logique poursuivie par le Code de droit économique est bien spécifique à celui-ci. Elle vise à protéger le consommateur, partie économiquement faible, qui ne dispose pas de la possibilité de négocier les clauses au contrat¹⁰⁴. Ainsi, avec d'autres, il faut constater que «[l]e concept de consommateur est un concept objectif indépendant des connaissances concrètes dont la personne concernée peut disposer ou des informations dont cette personne dispose réellement»¹⁰⁵. Au contraire, le critère de la spécialisation choisi par la Cour de cassation¹⁰⁶ est quant à lui un critère subjectif.

C. Le rejet de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve par la Cour de cassation

15. Origine et applications. La théorie de la meilleure aptitude à la preuve, élaborée dès le début du 20^e siècle par P. Esmein et R. Demogue part

¹⁰⁰ Cass., 7 avril 2017, C.16.0311.N, *R.G.D.C.*, 2018/3, p. 168. Pour un commentaire, voy. S. DE REY et B. TILLEMANN, «Het "vermoeden van kwade trouw" bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?», *RGDC*, 2018, pp. 131-143.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² S. DE REY et B. TILLEMANN, «Het "vermoeden van kwade trouw" bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?», *op. cit.*, p. 140.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 140.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 140.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 141 (traduction libre).

¹⁰⁶ ... et rejeté expressément par la Cour de justice en droit de la consommation! (S. DE REY et B. TILLEMANN, «Het "vermoeden van kwade trouw" bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?», *op. cit.*, p. 141 et les références).

du constat « qu'il est inéquitable d'imposer la charge de la preuve de manière automatique à une partie déterminée »¹⁰⁷. Cette théorie tend donc « à faire peser la charge de la preuve sur celui qui est le mieux placé pour prouver »¹⁰⁸.

Dans le passé, certains juges du fond ont explicitement fait application de cette théorie lorsque l'une des parties devait rapporter la preuve d'un fait négatif. Ainsi, le Tribunal de commerce de Bruxelles, dans des arrêts du 24 juin 1992 et 21 mars 1994, a jugé qu'en cas de contestation par un client de la banque d'un retrait ou d'un transfert d'argent, il revient à la banque, sur la base de sa meilleure aptitude à la preuve, de prouver que l'opération litigieuse eut lieu sur instruction du client¹⁰⁹. L'on comprend aisément le souci d'équité qui sous-tend les jugements prononcés. En effet, comment le client d'une banque peut-il apporter la preuve (négative) qu'il n'a pas donné l'instruction à sa banque d'effectuer un transfert d'argent ?

Il n'en demeure pas moins que cette théorie a été vivement critiquée en doctrine. On lui reproche de faire peser le risque de la preuve sur la partie la mieux placée pour apporter la preuve *dans le cadre de l'administration de la preuve*, alors que cette preuve n'a pas pu être rapportée. L'application de cette théorie emporterait donc des effets injustes pour la partie succombante¹¹⁰.

16. Rejet de cette théorie par la Cour de cassation. La théorie de la meilleure aptitude à la preuve, qui revient dans les faits à inverser la charge de la preuve, n'est pas admise par la Cour de cassation.

En témoignage encore un arrêt du 18 novembre 2011, par lequel la Haute juridiction fut saisie d'un pourvoi dirigé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles dans un litige concernant la résolution d'une convention de cession de fonds de commerce. Après avoir constaté que [V. A. et G. M.] sont « bien en peine » d'apporter la preuve que [S. P.] n'a pas fait diligence pour que la condition se réalise, l'arrêt considère que « dès lors, c'est à [S. P.] à démontrer qu'il a accompli toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être entreprises en vue d'obtenir un prêt ». La Cour casse l'arrêt attaqué

¹⁰⁷ D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, p. 124, citant P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *RTD Civ.*, 1933, pp. 627 et s.; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 542 et s.

¹⁰⁸ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁹ Comm. Bxl (12^e ch.), 21 mars 1994, *RDC*, 1995, pp. 1014 et 1016-1019; Comm. Bxl, 24 juin 1992, *RDC*, 1993, p. 987.

¹¹⁰ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, spéc. p. 129; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1962, p. 157, n° 164; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, p. 139, n° 125.

qui renverse la charge de la preuve et, partant, viole l'article 1315 du Code civil¹¹¹.

17. Jurisprudence minoritaire. Certains juges continuent pourtant de fonder leurs décisions sur la théorie de la meilleure aptitude à la preuve. La Cour d'appel d'Anvers nous en livre un exemple en matière d'information précontractuelle. En application des principes sur la charge de la preuve, il appartient au franchisé de prouver que les obligations des articles 3 et 4 de la loi du 19 décembre 2005¹¹² n'ont pas été respectées. Après avoir relevé que le franchisé « doit fournir une preuve négative qu'aucun projet de contrat n'a été transmis à temps ou qu'aucun document séparé n'a été transmis », la Cour d'appel d'Anvers, face à cette difficulté probatoire, décide finalement que « la charge de la preuve incombe donc [au franchiseur], qui, compte tenu des circonstances, fait figure de la partie la plus apte à prouver »¹¹³.

Sous-section 2

Droit futur

18. Principe : maintien des règles actuelles sur la charge de la preuve.

Art. 8.4, al. 1^{er} et 2

« Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent.

Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

L'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, du nouveau livre 8 du Code civil réaffirme les règles contenues dans l'article 1315 du Code civil. La formulation a cependant été revue et élargie « au-delà du strict domaine du droit des obligations »¹¹⁴. Malgré les suggestions émises en doctrine¹¹⁵ pour l'emploi de termes

¹¹¹ Cass. (1^{re} ch.), 18 novembre 2011, C.10.0649.F, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voy. aussi Cass., 10 avril 2003, C020213F, *R.G.A.R.*, 2004/8, p. 13917. Sur cette question, voy. W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-19, spéc. pp. 343-345.

¹¹² Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, *M.B.*, 18 janvier 2006, *Errat.*, *M.B.*, 13 février 2006 (2^e éd.), abrogée par l'art. 4, 2^o, de la loi du 2 avril 2014 portant insertion du Livre X, « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre X, dans le Livre I^{er} du Code de droit économique. Voy. désormais les articles X.27 et X.28 du Code de droit économique.

¹¹³ Traduction libre de Anvers (4^e ch.), 15 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 117, p. 31.

¹¹⁴ Voy. l'exposé des motifs. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 13.

¹¹⁵ Les auteurs du projet citent en doctrine française : M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales – l'art de clarifier sans innover », *Droit et patrimoine*, septembre 2015, pp. 36 et s.

plus précis au sein de l'alinéa 2, le terme « libéré » est conservé afin de ne pas exclure certains cas d'application visés par la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette attention particulière des auteurs du projet témoigne d'une volonté de principe de maintenir en place le système actuel.

19. Consécration de l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve et validation de la théorie du risque de la preuve.

Art. 8.4, al. 3 et 4

« Toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve. En cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ».

Le troisième alinéa a été inséré à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État. D'une part, il rappelle « l'obligation de toutes les parties à collaborer à l'administration de la preuve, qui est reconnue par la Cour de cassation comme un principe général de droit ». D'autre part, l'affirmation générale de ce principe met fin aux controverses sur son champ d'application (voy. *supra*, n° 4)¹¹⁶. Le quatrième alinéa introduit quant à lui la théorie du risque de la preuve dans la loi. Cette théorie était déjà admise et appliquée par la jurisprudence¹¹⁷.

20. Correctif: renversement de la charge de la preuve en cas de circonstances exceptionnelles.

Art. 8.4, al. 5

« Le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

L'alinéa 5 instaure une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »¹¹⁸. Cet ajout, inspiré de ce qui existe dans certains droits étrangers, notamment dans le droit néerlandais, repose sur l'idée que « les règles de la charge de la preuve ne peuvent aboutir à des conséquences

¹¹⁶ Voy. l'exposé des motifs. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, Doc. parl., Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 13.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

iniques »¹¹⁹. Le juge est désormais autorisé à inverser la charge de la preuve dans le respect des conditions posées par cette disposition.

Dans l'avant-projet de loi du 7 décembre 2017, ce nouveau pouvoir du juge était libellé en des termes beaucoup plus concis : « Le juge peut déterminer librement qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents aboutit à un résultat manifestement déraisonnable ».

À la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État, il a été ajouté dans le texte de loi que le juge doit d'abord veiller « à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve » (premier critère). À l'issue de ce processus, à défaut de preuve suffisante, le juge pourra faire application de la possibilité offerte par cet alinéa. « C'est vraiment un *ultimum remedium* »¹²⁰. Ce remède présente ainsi un caractère subsidiaire. « Il n'y a pas lieu à renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal »¹²¹. L'exposé des motifs souligne clairement que « [l]orsque le juge a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire, il n'est pas permis au juge de déterminer qui supporte la charge de la preuve »¹²² (*supra*, n° 4).

En outre, le juge ne pourra faire usage de cette règle qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » (deuxième critère), « lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable » (troisième critère).

L'on peut donc retenir que trois critères doivent être cumulativement réunis pour que le juge puisse faire application de cette disposition. Le dernier critère témoigne de la volonté des auteurs du projet de loi de donner une portée stricte, voire restrictive au texte. En effet, son application doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »¹²³. La faculté offerte au juge d'inverser la charge de la preuve s'exerce donc uniquement dans l'hypothèse où l'application des règles de base mènerait à une situation d'injustice flagrante. Enfin, le juge ne peut y recourir que « par un jugement spécialement motivé ».

21. Possibilité d'inverser la charge de la preuve – hypothèses visées.

Trois hypothèses, bien distinctes, sont envisagées dans l'exposé des motifs.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹²¹ *Ibidem*, p. 14.

¹²² *Ibidem*, p. 14.

¹²³ P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1907, p. 196.

La première hypothèse est celle dans laquelle « la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait »¹²⁴. La collaboration à l'administration de la preuve devient « inopérante »¹²⁵ ! Cette disparition de preuve peut être – ou non – consécutive à une faute de cette partie. En cas de doute du juge, la partie à l'origine de la disparition de la preuve en subira les conséquences négatives¹²⁶.

L'impossibilité de collaborer à l'administration de la preuve (ex. : par la production d'un document) peut aussi être liée à l'effet du temps, problème fréquemment rencontré dans la pratique. Récemment, la Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 18 février 2014 concernant cette problématique. Dans cette affaire, une société affirmait qu'il y avait lieu de condamner l'un des associés au paiement de sommes correspondant à des recettes non versées sur le compte de la société. Après avoir rappelé le devoir de collaboration des parties à la preuve, la Cour d'appel avait jugé : « confronté à la réclamation de la [S.P.R.L. K.], il appartenait [à M. B.] de rapporter la preuve, *ce qu'il aurait pu faire aisément à l'époque*¹²⁷, qu'il avait remboursé à la société des montants supérieurs au montant des versements admis ». La Cour avait cassé l'arrêt déféré à sa censure aux motifs que : « En mettant à charge du demandeur la preuve de la créance de la défenderesse, l'arrêt viole les dispositions légales précitées »¹²⁸. À l'avenir, la nouvelle disposition pourrait donc impliquer une position différente de la Cour de cassation.

Le refus fautif de collaborer à l'administration de la preuve constitue la deuxième hypothèse (cf. la notion de *Beweisvereitelung* en droit allemand, suisse et autrichien). Le juge pourra désormais user de la faculté qui lui est offerte par l'alinéa 5 pour infliger à la partie récalcitrante la charge de la preuve¹²⁹.

Enfin, la troisième hypothèse est celle d'un « déséquilibre important dans l'aptitude de la preuve, lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties »¹³⁰. L'on retrouve ici la résurgence de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve, toutefois encadrée et balisée par le législateur. Un déséquilibre économique entre les parties peut, le cas échéant, entraîner un renversement de la charge de la preuve. Cette seule circonstance ne justifie cependant pas en soi une inversion

¹²⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁷ Nous soulignons.

¹²⁸ Cass. (1^{re} ch.), 4 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296.

¹²⁹ Voy. l'exposé des motifs. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, pp. 14-15.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 15.

de la charge de la preuve¹³¹. En outre, l'exposé des motifs précise que « dans ces circonstances, le juge tiendra également compte de l'allègement du degré de preuve »¹³² (voy. *infra*, n° 31 et s.).

22. Exemples concrets. Dans le rapport fait au nom de la commission de la justice, l'exemple suivant est exposé par W. Vandebussche : « Un client se rend à un distributeur automatique pour effectuer un retrait. Suite à un problème technique, le distributeur ne délivre pas le montant demandé, mais débite néanmoins le compte du client. L'affaire est soumise à un juge, qui demande à la banque de produire ses registres. La banque affirme que ceux-ci ont été détruits »¹³³. La charge de la preuve pèse en principe sur le client, en raison de sa position procédurale. Le juge pourrait cependant décider d'inverser la charge de la preuve s'il estime les trois critères vus ci-dessus réunis (voy. *supra*, n° 20). Dans ce cas de figure, c'est sur la banque que le risque de la preuve pèserait *in fine*.

D'autres cas peuvent être envisagés. Par exemple, lorsqu'une partie omet sciemment d'informer le propriétaire du décès de ses animaux, l'empêchant ainsi de pouvoir investiguer sur la cause exacte de leur mort. En cette affaire, la Cour d'appel de Gand avait jugé qu'en égard aux circonstances « il est manifestement déraisonnable et donc contraire à la bonne foi d'invoquer la charge de la preuve incombant au propriétaire, lorsque [l'autre partie] a rendu cette preuve impossible en raison d'une omission »¹³⁴.

23. Quid de la preuve du devoir d'information du professionnel de la santé ? Une question que l'on peut légitimement se poser est de savoir si l'alinéa 5 de l'article 8.4 permettra au juge de faire peser le devoir d'information sur le médecin plutôt que sur le patient. Il est probable que l'on assiste à l'avenir à l'application de cette disposition en cette matière sensible. Néanmoins, nous ne sommes pas convaincus de la possibilité pour le juge d'y recourir systématiquement. Plusieurs raisons justifient notre position.

Premièrement, seules des « circonstances exceptionnelles » peuvent justifier une inversion de la charge de la preuve. Ces circonstances doivent pouvoir être déduites du cas d'espèce. Il n'est donc pas possible de tirer de cette disposition une règle de principe.

Deuxièmement, l'intention du législateur n'était pas de régler cette question à travers l'article 8.4. La répartition de la charge de la preuve du devoir d'information était initialement organisée par l'article 20, alinéa 2, de l'avant-

¹³¹ *Ibidem*, p. 15.

¹³² *Ibidem*, p. 15.

¹³³ Rapport, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/005, p. 36.

¹³⁴ Traduction libre de Gand, 28 mars 2012, *R.A.B.G.*, 2014, liv. 5, p. 294, note W. VANDENBUSSCHE.

projet de loi portant insertion du Livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil. Ce dernier prévoyait : « La partie qui prétend que l'information lui était due doit prouver l'existence du devoir d'information. L'autre partie doit prouver avoir fourni l'information due ». Cet alinéa 2 a été abandonné à la suite de la consultation populaire qui a été réalisée fin 2017. Dans un article paru à la *R.C.J.B.* en juillet 2018, D. Mougenot, qui présidait déjà la commission ministérielle du droit de la preuve, notait qu'en égard à la suppression de cet alinéa 2, « la jurisprudence de la Cour de cassation conserve donc toute son actualité... avec toutes les questions qu'elle suscite »¹³⁵. L'on peut en déduire que les auteurs de la réforme du droit de la preuve n'avaient pas pour objectif de régler le sort de cette problématique épineuse par leurs travaux.

Troisièmement, et cet argument rejoint le précédent, l'allègement de la preuve du devoir d'information du professionnel semble avoir été envisagé sous l'angle du degré de preuve (voy. *infra*, n° 32). S'agissant de la preuve d'un fait négatif, une preuve vraisemblable suffit. Ce mécanisme nous semble préférable à une attribution de la charge de la preuve détachée de l'analyse de l'intensité des obligations en litige (voy. la différence entre obligations de moyens et de résultat, *supra*, n° 10).

24. Des critères « restrictifs et non équivoques »¹³⁶ comme garantie contre l'arbitraire. D'emblée, l'exposé des motifs répond à la crainte d'arbitraire qu'un tel pouvoir suscite en indiquant que le risque d'abus est limité par l'obligation spéciale de motivation qui pèse sur le juge. En parallèle, deux avantages sont mis en avant : d'abord, assurer l'efficacité du principe de l'égalité des armes, consacré par l'article 6 de la CEDH ; ensuite, veiller à garantir davantage de transparence envers le justiciable lorsque le juge procède effectivement à l'inversion de la charge de la preuve.

25. Une évolution en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice. La possibilité pour le juge de prendre en considération le critère de la partie la plus apte à apporter la preuve s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice. Le professeur D. Mougenot épingle à cet égard un arrêt du 18 décembre 2014, relatif au devoir d'information de l'organisme de crédit¹³⁷. Dans cet arrêt, la Cour décide que bien qu'il ne lui appartient pas « de se prononcer sur l'interprétation de dispositions du droit interne, [...] le respect [du principe d'effectivité] serait compromis si la charge de la preuve

¹³⁵ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, p. 147.

¹³⁶ Voy. l'exposé des motifs. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

¹³⁷ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, p. 129.

de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive 2008/48 reposait sur le consommateur ». En effet, selon la Cour, « ce dernier ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver que le prêteur, d'une part, ne lui a pas fourni des informations prescrites à l'article 5 de cette directive et, d'autre part, n'a pas vérifié sa solvabilité »¹³⁸.

Un autre exemple mérite encore d'être évoqué. Dans un arrêt du 3 octobre 2013, la Cour de justice eut à se prononcer sur des questions préjudicielles relatives à la gestion du lisier provenant de l'exploitation d'une porcherie à l'aune des exigences de la directive 75/442/CEE. En respect du principe d'efficacité du droit de l'Union, la Cour énonce que les règles nationales afférentes à la charge de la preuve « ne peuvent conduire à rendre excessivement difficile la preuve de ce que des substances doivent, par application des critères résultant de ladite jurisprudence, être considérées comme des sous-produits »¹³⁹.

Section 2 Degré de preuve

Sous-section 1 État actuel du droit

§ 1. Principe : l'exigence d'une certitude judiciaire

26. Degré de certitude. La Cour de cassation admet qu'une preuve est adéquatement rapportée par celui qui en a la charge si elle présente un caractère certain¹⁴⁰. La seule possibilité de la survenance d'un, voire de plusieurs éléments, est insuffisante à fonder une certitude judiciaire. Cette certitude doit néanmoins s'entendre de manière raisonnable¹⁴¹. Une vraisemblance *suffisante* – présentant un degré élevé de probabilité¹⁴² – apportée par l'une des parties pourra convaincre le juge, qui donnera alors à l'autre partie la possibilité de faire valoir ses arguments afin, le cas échéant, d'établir une vraisemblance contraire¹⁴³. La doctrine en déduit donc que le juge pourra déclarer le fait établi « lorsque tout *doute raisonnable* est exclu dans son esprit »¹⁴⁴.

¹³⁸ C.J., 18 décembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance c. Bakkans*, ECLI:EU:C:2014:2464, point 27.

¹³⁹ C.J., 3 octobre 2013, C-113/12, *Donal Brady c. Environmental Protection Agency*, ECLI:EU:C:2013:627, point 62.

¹⁴⁰ Cass., 19 décembre 1963, *J.T.*, 1964, p. 184 ; Cass., 16 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1189, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1407, *J.L.M.B.*, 2005, p. 202.

¹⁴¹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », *op. cit.*, p. 775. Pour un cas d'application, voy. Mons (20° ch. civ.), 13 mai 2014, *Bull. Ass.*, 2016, p. 86 et s.

¹⁴² B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 365, n° 433.

¹⁴³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 66 ; D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », *op. cit.*, VI.1-2.5.

¹⁴⁴ D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », *op. cit.*, VI.1-2.5.

En vertu de ces principes, dans un arrêt du 22 janvier 2018, la Cour de cassation sanctionne le raisonnement ambigu tenu par la Cour du travail de Bruxelles, en matière de réglementation du chômage. En vertu de l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, il appartient au chômeur d'établir une fois par an la preuve qu'il est un travailleur isolé. Dans sa décision, la Cour du travail avait jugé que la preuve du statut de travailleur isolé était suffisamment rapportée alors qu'elle n'avait pu exclure que la vie en colocation n'apportait pas un avantage économique et financier par la réduction des frais de repas. Sans surprise, la Cour de cassation casse l'arrêt attaqué¹⁴⁵.

27. Preuve des faits négatifs. Selon un adage ancien, il n'est *pas* possible de prouver un fait négatif: «*Negativa non sunt probanda*». Cette affirmation n'est pas tout à fait exacte. La doctrine relève judicieusement que: «une proposition négative est toujours susceptible d'être prouvée par une proposition positive contraire»¹⁴⁶. L'exemple le plus criant est abondamment cité: pour prouver que je n'étais pas à tel endroit à tel moment, il me suffit de prouver que j'étais à une autre place à la même heure¹⁴⁷.

À de nombreuses reprises, la Cour de cassation a confirmé que: «si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve d'un fait positif contraire»¹⁴⁸. Ce faisant, tout en réaffirmant le principe de l'article 1315 du Code civil, la Cour a, par sa jurisprudence, modéré le degré de certitude requis lorsqu'il s'agit de prouver un fait négatif. La majorité de la doctrine et des juridictions du fond suivent cet enseignement¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cass. (3^e ch.), 22 janvier 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 201.

¹⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité*, n° 734.

¹⁴⁷ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 89; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., p. 86, n° 23; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., p. 2365, n° 1653.

¹⁴⁸ Cass. (1^{re} ch.), 18 novembre 2011, *Lar. Cass.*, 2012/3, p. 65, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voy. aussi: Cass. (1^{re} ch.), 26 novembre 2010, *Arr. Cass.*, 2010, p. 2840, *Pas.*, 2010, p. 3022; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 2081, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Pas.*, 2004, p. 2022, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14161; Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. KIRKPATRICK. Notez que cette solution vaut également en cas de proposition négative indéfinie (D. MOUGENOT, «Les incidents relatifs à la preuve», op. cit., VI.1-2.6; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 92).

¹⁴⁹ Voy. en doctrine, outre les auteurs précités sur ce point, L. SIMONT, «La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation», in P.A. FORIERS (dir.), *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 23; J.-L. FAGNART, «Petite navigation dans les méandres de la causalité», *R.G.A.R.*, 2006, n° 14080, n° 43; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?», op. cit., pp. 655 et s. En jurisprudence: Liège (20^e ch.), 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734; Mons (20^e ch.), 17 octobre 2013, *Bull. ass.*, 1015, p. 74; Mons (20^e ch.), 11 septembre 2014, *Bull. ass.*, 2016, p. 62; Comm. Bruxelles, 31 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1588; Civ. Bruxelles (11^e ch.), 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14654; Civ. Liège, div. Liège (2^e ch.), 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15279.

Dans un jugement du 8 juin 2011, le Tribunal de première instance de Bruxelles a ainsi admis que la preuve de l'absence d'occupation personnelle et effective de l'immeuble litigieux par le bailleur, qui avait mis fin au bail en vertu de l'article 3, § 2, alinéa 3, de la loi relative au bail de résidence principale, était suffisamment rapportée par le témoignage «complet, crédible et suffisant» d'un voisin du propriétaire¹⁵⁰.

Néanmoins, «il ne suffit [...] pas qu'une partie rende simplement plausible un fait négatif qu'elle [invoque]»¹⁵¹. Auquel cas, en effet, cela revient pour le juge à fonder sa décision sur la base d'une incertitude, ce qui est formellement proscrit.

§ 2. Preuve par vraisemblance

A. Un principe admis par la Cour de justice de l'UE

28. Une position pragmatique. La Cour de justice admet que la preuve par vraisemblance soit rapportée par la victime, notamment lorsqu'exiger une preuve certaine serait excessif. Dans le contentieux relatif aux conséquences dommageables découlant de la vaccination contre l'hépatite B, la Cour de cassation française avait interpellé la Cour de justice sur la possibilité pour la partie demanderesse d'apporter la preuve du défaut du vaccin et du lien de causalité entre celui-ci et la maladie par des présomptions graves, précises et concordantes, alors que la recherche médicale n'établit pas de lien entre la vaccination et la survenance de la maladie. La Cour avait jugé qu'exiger une preuve certaine issue de la recherche médicale «aurait pour effet [...] de rendre, dans un nombre important de situations, excessivement difficile ou, lorsque, comme en l'occurrence, il est constant que la recherche médicale n'a permis ni d'établir ni d'infirmer l'existence d'un tel lien causal, impossible la mise en cause de la responsabilité du producteur, en compromettant, de la sorte, l'effet utile de l'article 1^{er} de la directive 85/374»¹⁵².

B. Applications en droit belge

29. Illustration: vol (assurances). Ces dernières années, de nombreux litiges ont été portés devant les cours et tribunaux en matière d'assurances vol. En vertu des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, la preuve du vol (du véhicule) incombe évidemment à l'assuré qui sollicite le paiement

¹⁵⁰ Civ. Bruxelles, 8 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1928.

¹⁵¹ Cass. (1^{re} ch.), 26 novembre 2010, *Arr. Cass.*, 2010, p. 2840, *Pas.*, 2010, p. 3022.

¹⁵² C.J., 21 juin 2017, C-621/15, *N.W. e.a. contre Sanofi Pasteur MSD SNC e.a.*, ECLI:EU:C:2017:484, point 31.

de l'indemnité d'assurance¹⁵³. La difficulté pour l'assuré consiste à prouver la réalité du vol dont il se prétend victime. Les juges du fond admettent depuis longtemps la preuve par vraisemblance¹⁵⁴. Ainsi, le juge aura égard aux circonstances de fait : une déclaration de vol qui apparaît sincère et vraisemblable et l'absence d'indices susceptibles de légitimer quelque suspicion vis-à-vis de l'assuré peuvent suffire à emporter la conviction du juge¹⁵⁵. Dans un arrêt du 22 janvier 2009¹⁵⁶, la Cour de cassation valide ce raisonnement. L'arrêt attaqué de la Cour d'appel de Liège considérait en effet que l'assuré « démontre à suffisance la réalité du sinistre couvert » dès lors que sa déclaration apparaît vraisemblable « et qu'aucun élément [n'était] de nature à jeter le doute sur ses propos »¹⁵⁷. Selon les juges d'appel, la preuve du vol était donc rapportée à suffisance, ce que contestait la compagnie d'assurances, tenue d'indemniser l'assuré. L'arrêt faisant une correcte application des principes sur la charge de la preuve, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

Exiger une preuve certaine mènerait *de facto* à empêcher l'assuré d'obtenir la couverture du sinistre par l'assureur. En conséquence, un allègement du fardeau de la preuve en faveur de l'assuré se justifie pleinement. Il s'agit bien d'un allègement et non d'un renversement de la charge de la preuve au détriment de l'assureur. « [I]l revient donc au juge du fond d'apprécier *in concreto* la vraisemblance du vol allégué et des éléments soulevés par l'assureur, sur la base des circonstances de faits »¹⁵⁸. L'assureur pourra donc démontrer que « la réalité du vol allégué est douteuse, à l'aide d'indices tendant à mettre en doute la crédibilité de l'assuré et à souligner les imprécisions et autres contradictions de ses déclarations »¹⁵⁹. Le juge appréciera les éléments de fait qui lui sont soumis et décidera, selon son intime conviction, si la vraisemblance (et donc la réalité) du vol est suffisamment établie¹⁶⁰. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} mars 2011, la Cour d'appel de Liège a jugé que l'assuré ne peut être suivi lorsqu'il allègue le vol de

¹⁵³ *A contrario*, si une action en remboursement d'indemnité est introduite par l'assureur qui estime qu'il s'agissait en réalité d'un vol simulé, il revient à ce dernier d'en rapporter la preuve (Mons, 13 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 925).

¹⁵⁴ Mons (18^e ch.), 5 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1184; Bruxelles (4^e ch.), 28 mai 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13770; Gand (12^e ch.), 10 avril 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13660; Comm. Mons (3^e ch. temp.), 13 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1233; Civ. Bruxelles (8^e ch.), 19 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1227.

¹⁵⁵ Notez que certaines décisions soulignent la relation de confiance qui doit exister entre l'assureur et l'assuré.

¹⁵⁶ Voy. précédemment Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 2003, *R.G.A.R.*, 2004/8, n° 13917 (le juge ne peut intervertir la charge de la preuve).

¹⁵⁷ Cass., 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1182. Voy. également Liège (3^e ch.), 27 avril 2015, *J.T.*, 2016, n° 6629, p. 12.

¹⁵⁸ Mons, 24 mars 2014, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15113.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Pour des cas d'application : Liège, 13 novembre 2017, *R.D.J.P.*, 2018, p. 131; Mons, 15 juin 2017, *J.T.*, 2017, p. 699; Mons, 16 février 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15428; Mons, 30 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15328; Mons, 18 février 2016, *Bull. ass.*, 2017, p. 441; Liège, 4 janvier 2016, *J.T.*, 2016, p. 336; Liège, 27 avril 2015, *J.T.*, 2016, p. 12; Liège, 9 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14718; Liège, 23 novembre 2009, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14764; Mons, 11 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1189, note N. SCHMITZ.

son véhicule d'occasion dans un quartier animé alors qu'il ressort de l'expertise que le déplacement de ce véhicule, équipé d'un système transpondeur, impliquait qu'il soit tracté par une dépanneuse¹⁶¹.

30. Illustration : perte de marchandises. Dans un arrêt du 29 mars 2017, la Cour d'appel d'Anvers a débouté l'appelant qui alléguait une perte de diamants, couverts par une assurance tous risques, au motif qu'il ne rapportait pas suffisamment la preuve de cette perte. La Cour avait épinglé la déclaration tardive du sinistre par l'assuré et l'absence de coopération de ce dernier, éléments de nature à compromettre l'enquête visant à déterminer l'origine de la perte¹⁶².

Sous-section 2

Droit futur

31. Preuve certaine.

Art. 8.5

« Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude ».

La question du degré de preuve n'est pas réglée par la loi actuelle¹⁶³. L'article 8.5 entérine le fait que le juge doit fonder sa conviction sur une certitude « raisonnable ». Une certitude absolue n'est pas requise¹⁶⁴.

32. Preuve par vraisemblance pour les faits négatifs.

Art. 8.6, al. 1^{er}

« Sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait ».

Conformément à l'article 8.6, alinéa 1^{er}, la preuve par vraisemblance peut être rapportée par la partie qui doit prouver un fait négatif. Le législateur a précisé dans l'exposé des motifs ce que l'on devait entendre derrière la notion de « preuve par vraisemblance » : « Si on devait parler en pourcentage de certitude, on pourrait mentionner 75 %, c'est-à-dire qu'il existe des éléments

¹⁶¹ Liège (3^e ch.), 1^{er} mars 2011, *Bull. ass.*, 2012, p. 244. Voy. aussi Mons, 29 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 2011, note N. SCHMITZ.

¹⁶² Anvers, 29 mars 2017, *European Transport Law*, 2017, p. 109.

¹⁶³ Rapport, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/005, p. 36.

¹⁶⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables¹⁶⁵. On n'est donc pas dans une simple probabilité. Les faits doivent être établis avec une quasi-certitude.

Par exemple, la preuve par vraisemblance pourra être admise dans l'hypothèse où un consommateur doit prouver «qu'un professionnel tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires»¹⁶⁶, alors que ce dernier affirme le contraire.

L'on ne peut s'empêcher de penser également à un autre cas de figure : celui du devoir d'information du professionnel de la santé envers son patient. Un faisceau d'indices pourrait amener le juge à considérer qu'il est vraisemblable que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information. Imaginons l'hypothèse suivante : un patient doit subir une gastroscopie. Il voit le gastro-entérologue qui propose de réaliser l'examen sous anesthésie générale pour plus de confort. Le patient accepte. Le jour de l'intervention, en salle d'examen, le patient voit l'anesthésiste qui prend connaissance du formulaire complété par le patient. L'anesthésiste ne l'a toutefois pas reçu avant l'intervention et n'a donc pas pu répondre à ses questions. Malheureusement, durant l'examen, le patient réagit mal à l'anesthésie générale. Dans ce cas d'espèce, il nous apparaît que le juge pourrait estimer que l'anesthésiste n'a pas satisfait à son devoir d'information. Si en vertu des règles sur la charge de la preuve, il peut être estimé que cette charge repose sur le patient, il apparaît *vraisemblable* que, compte tenu de l'absence d'entrevue préalable avec l'anesthésiste, le patient n'a pu être valablement informé.

Outre cet allègement du degré de preuve, «deux éléments peuvent [encore] venir [au] secours [de la partie qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif] : la collaboration à la preuve de toutes les parties et la disposition finale de l'article 8.4, qui permet au juge de corriger les injustices flagrantes»¹⁶⁷.

33. Quid de la preuve par vraisemblance pour les faits positifs ?

Art. 8.6, al. 2

«La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine».

¹⁶⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 17.

¹⁶⁶ Rapport, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/005, p. 36.

¹⁶⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

La preuve par vraisemblance est également possible pour les faits positifs qui ne peuvent être prouvés de manière certaine. Cette disposition vient ainsi confirmer la possibilité pour le juge d'admettre un allègement du degré de preuve dans certains contentieux (voy. *supra*, point B en matière d'assurances vol)¹⁶⁸.

Section 3

Les présomptions légales

Sous-section 1

État actuel du droit

34. Effet des présomptions légales. À côté des règles générales exposées ci-avant, le législateur est intervenu, de temps à autre, en instaurant des présomptions légales qui viennent renverser la charge de la preuve (art. 1350 à 1352 du Code civil)¹⁶⁹. À la différence des présomptions de l'homme, qui constituent un mode de preuve particulier, la présomption légale instituée en faveur d'une partie a pour effet – en quelque sorte – de faire «disparaître» la charge de la preuve à son égard¹⁷⁰. Ce privilège ressort d'ailleurs de l'article 1352 du Code civil qui énonce que : «la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe».

Cependant, comme le souligne une partie de la doctrine, la formulation de l'article 1352 du Code civil est trompeuse¹⁷¹. En réalité, il n'y a pas une dispense totale de preuve mais bien «un déplacement de la preuve, un changement de l'objet à prouver»¹⁷². Par exemple, l'instituteur sera présumé responsable, en vertu de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, pour autant que la victime établisse que son dommage a été causé par un élève (dont il est possible d'engager la responsabilité) qui était sous la surveillance de l'instituteur lors de la survenance du fait dommageable. Si la victime ne doit donc pas établir une faute de surveillance de l'instituteur, il n'en demeure pas moins qu'elle doit rapporter la preuve de l'existence des conditions d'application propres à ce régime de responsabilité¹⁷³.

¹⁶⁸ La preuve du vol par l'assuré à l'égard de la compagnie d'assurances est une hypothèse expressément visée dans le rapport fait au nom de la Commission de la Justice (Rapport, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/005, p. 37).

¹⁶⁹ D. MOUGENOT, «Les incidents relatifs à la preuve», *op. cit.*, VI.1-2.6.

¹⁷⁰ P. VAN OMMELAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 2368, n° 1655 ; H. DE PAGE, *Traité*, n° 732.

¹⁷¹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht», *op. cit.*, p. 761 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs : een diepgaand en praktisch overzicht*, *op. cit.*, p. 175, n° 172.

¹⁷² N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 190.

¹⁷³ F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 51.

35. **Types de présomptions légales.** L'on distingue habituellement les présomptions légales réfragables (dites aussi simples ou *juris tantum*), irréfragables (*juris et de jure*) et mixtes.

– **Présomption légale réfragable.** En présence d'une présomption légale réfragable, instituée au profit d'une partie, la partie adverse peut apporter la preuve contraire, et ce, par toutes voies de droit¹⁷⁴.

L'article 1384, alinéa 2, du Code civil institue une présomption réfragable de responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs. Pour engager la responsabilité des parents, la victime devra uniquement établir la faute ou l'acte objectivement illicite de l'enfant mineur, son dommage et le lien de causalité unissant cette faute au dommage. Si elle y parvient, la responsabilité des parents sera présumée. Compte tenu du caractère réfragable de la présomption, ces derniers pourront cependant échapper à leur responsabilité en prouvant qu'ils n'ont commis aucune faute ni dans l'éducation ni dans la surveillance de leur enfant ou en démontrant une cause étrangère exonératoire. Le caractère réfragable de la présomption est confirmé par l'alinéa 5 de l'article 1384 du Code civil. Ce même caractère est d'ailleurs reconnu à la présomption qui pèse sur les instituteurs (art. 1384, al. 4, du Code civil).

D'autres exemples de présomptions réfragables peuvent encore être mentionnés :

- en matière de garantie des biens de consommation, la présomption instituée par l'article 1649*quater*, § 4, du Code civil, qui répute que, sauf preuve contraire, le défaut de conformité qui apparaît dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien est présumé exister au moment de la délivrance¹⁷⁵ ;
- la présomption de fondé de pouvoirs établie par l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire, dans le chef de l'avocat¹⁷⁶ ;
- la présomption légale, instituée par l'article 32 CIR 92, selon laquelle « tous les avantages qu'une société accorde à un dirigeant d'entreprise trouvent leur source dans l'exercice de l'activité professionnelle et constituent dès lors des rémunérations imposables des dirigeants d'entreprise »¹⁷⁷.

¹⁷⁴ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 193 et les références citées.

¹⁷⁵ Pour un cas d'application : Civ. Brux. (76^e ch.), 7 mai 2009, *Verz.*, 2010/3, p. 1.

¹⁷⁶ En jurisprudence : Cass., 20 décembre 2018, RG F.17.0146.F ; Cass., 8 mars 2018, *TBO*, 2018, p. 424 ; Cass., 12 février 2016, *R.W.*, 2017-2018 (somm.), liv. 30, p. 1177.

¹⁷⁷ En jurisprudence : Cass., 16 juin 2017, *Cour. fisc.*, 2017, p. 830 (« [...] artikel 32 voert een wettelijk vermoeden in dat alle voordelen die een vennootschap aan een bedrijfsleider verleent of toekent, hun oorzaak vinden in de uitoefening van de beroepswerkzaamheid en aldus belastbare bezoldigingen van bedrijfsleiders uitmaken »).

Il existe une controverse quant à savoir si, à défaut de précision dans la loi, une présomption doit être considérée par principe comme réfragable ou irréfragable. Certains soutiennent que, lorsque le texte de loi ne prévoit pas la possibilité d'apporter la preuve contraire, la présomption légale est irréfragable¹⁷⁸ tandis que d'autres défendent que, par nature, les présomptions légales sont relatives (et donc réfragables) sauf disposition légale expresse en sens contraire et hors les cas énoncés à l'article 1352, alinéa 2, du Code civil (où la présomption est irréfragable)¹⁷⁹.

– **Présomption légale irréfragable.** La présomption légale est dite irréfragable lorsque la preuve contraire n'est pas admise. La question de savoir si le serment judiciaire ou l'aveu pourraient néanmoins être opposés au bénéficiaire de la présomption est discutée en doctrine¹⁸⁰.

On peut citer à titre d'exemple la présomption irréfragable de responsabilité qui pèse sur les maîtres et commettants (article 1384, alinéa 3, du Code civil). Lorsque la victime aura rapporté la preuve de la réunion des conditions d'application, le maître ou le commettant verra sa responsabilité engagée pour les fautes commises par son préposé dans les fonctions auxquelles il l'a employé et ne pourra apporter la preuve de son absence de faute. Il pourrait cependant toujours s'attaquer aux conditions de la responsabilité, ce qui reviendrait à contester les éléments de faits qui doivent être établis par la victime.

– **Présomption légale mixte.** Il s'agit d'une catégorie de présomptions « intermédiaires » : la loi permet que la preuve contraire soit établie, mais en limitant la manière dont cette preuve peut être rapportée.

La loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux, souvent perçue comme instituant un régime « de responsabilité objective », recèle – à l'instar de la directive – « un système de présomption légale mixte de lien de causalité »¹⁸¹. En effet, si la victime doit prouver le défaut du produit, son dommage et le lien de causalité unissant le défaut au dommage (art. 7), la loi contient une double présomption. D'une part, il est pré-

Pour un exemple de présomption légale réfragable en matière de T.V.A., voy. par ex. l'article 64, §§ 1 et 2 du Code de la T.V.A.

¹⁷⁸ H. DE PAGE, *Traité*, n° 935 B.

¹⁷⁹ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., p. 2370, n° 1657 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 198 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, n° 1549.

¹⁸⁰ Sur cette question, voy. F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 51 ; D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », op. cit., VI.1-2.6 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 34 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 201. *Contra* : P. VAN OMMESELAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., p. 2370, n° 1657.

¹⁸¹ Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Bibliothèque de droit privé, t. 211, Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 289 et s.

sumé que le produit est devenu défectueux dans la sphère de production et d'autre part, que ce produit a été mis en circulation volontairement par le producteur¹⁸². Cette double présomption peut être renversée par le producteur mais *uniquement* en ayant recours aux causes exonératoires de responsabilité, limitativement énumérées par la loi. Le producteur pourra notamment échapper à sa responsabilité s'il prouve « qu'il n'avait pas mis le produit en circulation » (art. 8, a)), si « compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation ou que ce défaut est né postérieurement » (art. 8, b)) ou encore si le producteur établit « que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique du producteur, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle » (art. 8, c))¹⁸³.

36. « Pas de présomptions légales sans texte »¹⁸⁴. La jurisprudence est parfois tentée d'apporter des dérogations aux règles sur la charge de la preuve en instituant « des présomptions quasi légales »¹⁸⁵. Citons, par exemple, la présomption quasi légale de l'état de copropriété d'un chemin d'exploitation. En vertu de celle-ci, « [l]orsqu'un chemin est affecté à l'exploitation de plusieurs terrains, les propriétaires de ceux-ci sont présumés avoir consenti à abandonner leur droit de propriété exclusive sur une languette de leur terre pour la mettre en copropriété afin de faciliter l'exploitation de leur fonds. De cette manière, la charge de la preuve est supportée non par la partie qui allègue un droit de copropriété sur le chemin, mais par celle qui en nie l'existence »¹⁸⁶.

Il peut paraître séduisant d'adopter ce mécanisme lorsqu'une partie « est dans l'impossibilité de prouver les faits qu'elle invoque puisque les preuves utiles sont dans les mains de son adversaire »¹⁸⁷. Elle demeure dans ce cas dans une situation que l'on qualifie de « besoin de preuve » (*bewijsnood*)¹⁸⁸. Nous rejoignons pourtant les critiques de W. Vandenbussche, réticent à l'utilisation

de ces présomptions, pour les raisons suivantes : « Ten eerste remediëren deze vermoedens slechts op gefragmenteerde wijze de bewijsnood van partijen. Een wetgever heet de democratische legitimiteit om slechts voor één specifieke groep van gevallen op te treden. Voor een hoogste rechtcollege ontbreekt die legitimiteit echter. Ten tweede kunnen de desbetreffende bewijsproblemen vaak ook worden opgelost via andere mechanismen, die de feitenrechter meer vrijheid geven om rekening te houden met de individuele omstandigheden van het geval »¹⁸⁹.

Dans l'Hexagone, l'usage de ces présomptions a parfois amorcé une évolution législative, comme en matière d'indemnisation des dommages imputables à des contaminations d'origine transfusionnelle¹⁹⁰. Le 9 mai 2001, la Cour de cassation a rendu un arrêt important dans le contentieux relatif à la contamination d'une victime par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine. À cette occasion, elle a décidé que : « lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine, dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice »¹⁹¹.

Bien que l'on comprenne le souci d'indemnisation des victimes qui a mené la Cour de cassation française à adopter cette position, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de texte autorisant expressément le juge à inverser la charge de la preuve, la jurisprudence susvisée viole les règles relatives à la charge de la preuve.

Sous-section 2 Droit futur

Art. 8.7

« La présomption légale qu'une loi attache à certains actes juridiques ou faits modifie l'objet de la preuve ou, le cas échéant, dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

La présomption légale peut être renversée sauf :

1° lorsque la loi en dispose autrement ;

« Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, coll. Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, p. 39, n° 7.

¹⁸⁹ W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *op. cit.*, spéc. p. 341 et les références.

¹⁹⁰ Voy. depuis lors l'article 102 de la loi (française) n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁹¹ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 9 mai 2001, *Bull.*, 2001, I, n° 130, p. 85.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Il existe encore d'autres causes d'exonération à l'article 8 de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Nous ne pouvions cependant toutes les citer ici et renvoyons le lecteur au texte de loi pour le surplus.

¹⁸⁴ PLANIOL, t. II, n° 15, cité par D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁵ G. GOUBEUX et P. BIHR, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° Preuve, n° 74, cités par D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁶ S. BOUFFLETTE, « Servitudes du fait de l'homme et servitudes légales. Chronique de jurisprudence 2001-2008 », in P. LECOCQ, *Chronique de jurisprudence en droit des biens*, CUP, vol. 104, Limal, Anthemis, 2008, pp. 292-293, citant : J.P. Ath, 19 mars 2003, *Rev. dr. rur.*, 2003, p. 149 et J.P. Wolvertem, 22 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1110.

¹⁸⁷ D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 476.

¹⁸⁸ Sur cette question, voy. D. MOUGENOT, *ibid.*, p. 476, et les références citées : M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, *op. cit.*, p. 196, n° 105 ; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire – Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Charte, 2003, p. 49, n° 33 ; B. ALLEMEERSCH,

- 2° lorsque cette présomption entraîne la nullité d'un acte juridique;
- 3° lorsque cette présomption entraîne l'irrecevabilité d'une action».

37. Codification à droit constant. Par cet article 8.7, le législateur rappelle l'effet de la présomption légale sur la charge de la preuve. En outre, il affirme le caractère en principe réfragable de la présomption. Sur le fond, cet article n'apporte donc pas de réel changement au droit actuel.

Conclusion

38. Constats. L'article 1315 du Code civil, lu en combinaison avec l'article 870 du Code judiciaire, offre de larges possibilités d'interprétation. Bien que cette disposition puisse paraître imprécise et présenter une portée fort générale face à la variété des contentieux possibles, elle a permis à la jurisprudence, pendant des décennies, de régler la question de la charge de la preuve. Le nouvel article 8.4 reprend d'ailleurs, en ses alinéas 1 et 2, une formulation très proche de celle adoptée précédemment.

Face aux difficultés probatoires rencontrées par une partie au procès, nous avons vu que certains juges du fond s'autorisent à alléger – voire à renverser – la charge de la preuve. Ce phénomène a pu être observé dans le contentieux relatif à la responsabilité de l'hôpital en matière d'infections nosocomiales ou celui concernant l'obligation d'information du patient. La Cour de cassation a toutefois sanctionné les décisions méconnaissant ouvertement les règles sur la charge de la preuve. En parallèle, la Haute juridiction a parfois fait preuve de souplesse au profit de la victime. Une obligation renforcée de sécurité des communes en matière de voiries et une obligation de résultat du vendeur spécialisé en matière de vices cachés ont, par exemple, pu être reconnues.

39. Une volonté d'équilibre poursuivie par les auteurs de la réforme. Le principe *onus probandi incumbit ei qui dicit* demeure la règle. Par ailleurs, le futur texte légal applicable consacre la possibilité de retenir une preuve vraisemblable lorsqu'exiger une preuve certaine est excessif. Bien que cette nouveauté légale est déjà appliquée de longue date en jurisprudence, il était souhaitable qu'elle trouve appui dans un texte de loi.

Les auteurs de la réforme ont également eu le mérite de proposer une solution aux situations inéquitables, en donnant au juge le pouvoir de rééquilibrer la charge de la preuve dans certaines circonstances exceptionnelles. Ils ont toutefois habilement limité l'usage de ce procédé en l'assortissant de

conditions strictes et d'une obligation de motivation particulière. Gageons que l'article 8.4 du livre 8 apporte davantage de clarté et de sécurité juridique que nous n'en avons eues jusqu'ici.